

A Guide to Criminal Justice

陈国庆/主编

本集要目

【司法前沿】

援引法定刑的刑法解释

——以马乐利用未公开信息交易案为例

主从犯认定中的若干问题

【司改实践】

刑事案件速裁程序试点相关问题的思考

——以公诉环节为视角

【刑法适用】

拒不履行信息网络安全管理义务罪若干疑难问题研究

伪造增值税专用发票罪若干争议问题探析

——从增值税专用发票客体展开

【司法实务】

审查起诉职能完善路径研究

刑事二审程序中检察机关职能的思考

——以刑事二审程序的功能为切入点

总第65集

刑事司法指南



法律出版社

LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2016 年第 1 集(总第 65 集)

主 编：陈国庆

副 主 编：王 军 聂建华

史卫忠 张相军

张凤艳

执行主编：张相军



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2016 年. 第 1 集: 总第 65 集 / 陈国庆主编. —北京: 法律出版社, 2016. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9450 - 2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 089596 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/翟国磊

开本/A5
版本/2016 年 4 月第 1 版

印张/6.5 字数/158 千
印次/2016 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9450 - 2 定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2016年第1集(总第65集)

顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳

张明楷 陈卫东 陈兴良 郎胜

赵秉志 梁根林 彭东

编辑委员会

主编:陈国庆

副主编:王军 聂建华 史卫忠 张相军

张凤艳

执行主编:张相军

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王文利 齐涛 刘岳

李景晗 张玉梅 张希靖 陈鸷成

尚洪涛 金威 郭竹梅 贺湘君

曹红虹

通讯编委:王新环 金晓慧 高恩泽 周东曙

张彪 孙刚 钱芳 刘凌轩

顾晓敏 王冠军 沈雪中 顾玫帆

曾传红 黄秀强 冯祖强 周鹏

武亚红 程华荣 徐国华 曹雁翔

沈丙友 潘震 徐振华 冉劲

龚军辉 袁晓渝 袁江 周亦峰

孟群 柳小惠 孙文胜 冯明杰

蒋雪智 张艳萍 孙秀君

执行编委:曹红虹

执行编辑:齐涛 祖延光 李占州

目 录

【司法前沿】

- 援引法定刑的刑法解释——以马乐利用未公开信息交易
案为例 孙 谦(1)
- 主从犯认定中的若干问题 贾 宇(33)

【司改实践】

- 刑事案件速裁程序试点相关问题的思考——以公诉环节
为视角 曹红虹 鲍 键(52)

【刑法适用】

- 拒不履行信息网络安全管理义务罪若干疑难问题研究
..... 刘 夏(68)
- 伪造增值税专用发票罪若干争议问题探析——从增值税
专用发票罪客体展开 潘森林(82)

【司法实务】

- 审查起诉职能完善路径研究 周宏强 陈 龙(100)
- 刑事二审程序中检察机关职能的思考——以刑事二审程
序的功能为切入点 陈福江 吕 峰(110)

目击者辨认在海峡两岸刑事司法中证据能力之比较
..... 谢 玲(128)

转化运用技术侦查材料抗诉零口供无罪判决案件——被
告人张某等人贩卖毒品案评析 杨红梅(142)

【2015 年法律和刑事司法解释】

援引法定刑的刑法解释^{*}

——以马乐利用未公开信息交易案为例

孙 谦^{**}

目 次

一、争议焦点与问题的提出

- (一)基本案情
- (二)诉讼经过和争议焦点
- (三)问题的提出

二、援引法定刑的文义解释

- (一)从文义上看,《刑法》第180条第4款“情节严重”的表述并不排斥全部援引法定刑
- (二)从语法结构分析,《刑法》第180条第4款是全部援引同条第1款的法定刑

三、援引法定刑的体系解释

^{*} 本文转自《法学研究》2016年第1期。周光权教授、曲新久教授、黄河博士、陈国庆博士、罗曦博士、韩晓峰博士对本文的研究论证提出了完善意见,特此致谢。

^{**} 孙谦,最高人民检察院副检察长,法学博士,教授,博士生导师。

四、援引法定刑的目的解释

- (一)从利用未公开信息交易罪的立法目的进行分析
- (二)从两罪的行为性质和侵害对象进行分析
- (三)从两罪的操作模式和市场影响进行分析

五、存疑时有利于被告原则的适用范围

- (一)存疑时有利于被告原则的适用范围有限,刑法解释不适用此原则
- (二)解释结论对被告不利与存疑时有利于被告原则不冲突
- (三)法官在事实无疑问时有责任作出正确的而非有利于被告的解释

六、统一法律适用的重要意义

- (一)对马乐案法律适用问题产生认识分歧的原因
- (二)法律适用不统一的危害
- (三)检察机关依法行使抗诉权是保障法律统一适用的重要方式

摘要 刑法分则对某些性质相近、危害程度相当的犯罪,采用了援引法定刑的立法技术。由于有的法条罪状表述特殊,实务中容易产生分歧。这突出地表现在《刑法》第180条第4款援引同条第1款的法定刑时,是全部援引还是部分援引的争议。这一争议影响了地方检察院、法院在类似利用未公开信息交易等案件的处理上,对法律适用的理解。以最高人民检察院提起抗诉的马乐利用未公开信息交易案为例,围绕《刑法》第180条第1款、第4款的规定,运用文义解释、体系解释和目的解释等方法,按照罪刑法定原则和罪刑相适应原则的要求,对援引法定刑问题进行探讨,可得出《刑法》第180条第4款对同条第1款法定刑的援引,是全部援引而非部分援引的结论。另外,存疑时有利于被告原则仅适

用于案件事实存疑的场合,法官解释刑法时只需得出正确的解释结论而非有利于被告的结论。在马乐案的处理上坚持抗诉和上述刑法解释立场,对于统一法律适用和法治发展都有积极意义。

关键词 援引法定刑 刑法解释 存疑时有利于被告 罪刑相适应 马乐案

2015年12月11日,最高人民法院对最高人民检察院提起抗诉的马乐利用未公开信息交易案,作出再审终审判决,撤销广东省高级人民法院和深圳市中级人民法院判处马乐有期徒刑3年,缓刑5年的原审裁定、判决,认定马乐利用未公开信息交易犯罪“情节特别严重”,鉴于其有自首、退赃、认罪悔罪、原判罚金刑已全部履行等情节,予以减轻处罚,改判马乐有期徒刑3年。^①这一判决终于为马乐案画上了句号。可以说,马乐案在我国刑事司法史上开创了若干个第一:第一个由三级检察机关接力抗诉的经济犯罪案件;第一个由最高人民检察院向最高人民法院仅就刑法法条适用问题提起抗诉的案件;第一个由最高人民法院开庭审理,最高人民检察院派员出庭履行职务的刑事抗诉案件。

一、争议焦点与问题的提出

(一)基本案情

2011年3月至2013年5月,马乐在担任博时精选股票证券投资基金经理期间,掌握了博时精选股票证券投资基金交易的标的股票、交易时点和交易数量等未公开信息。马乐利用上述未公开信息,操作自己控制的3个股票账户,通过不记名神州行电话卡下单,先于、同期或稍晚于其管理的基金账户,买入或卖出相同股票76只,累计成交额10.5亿余元,非法获利1912万余元。马乐的这一行为就是业内人士所说的“老鼠仓”。

^① 参见最高人民法院(2015)刑抗字第1号刑事判决书。

(二) 诉讼经过和争议焦点

2013年12月26日,深圳市人民检察院向深圳市中级人民法院提起公诉,指控被告人马乐犯利用未公开信息交易罪,情节特别严重。2014年3月24日,深圳市中级人民法院作出一审判决,认定马乐构成利用未公开信息交易罪,但《刑法》第180条第4款并未对该罪的情节特别严重作出相关规定,故马乐属于犯罪情节严重;由于马乐具有自首、退赃、认罪态度良好、罚金能全额缴纳等可以从轻处罚情节,故判处其有期徒刑3年,缓刑5年,并处罚金1884万元,同时对其违法所得1883万余元予以追缴。

深圳市人民检察院于2014年4月4日向广东省高级人民法院提起抗诉,认为被告人马乐的行为应当认定为犯罪情节特别严重,依照“情节特别严重”的量刑档次处罚;马乐的行为不属于退赃,应当认定为司法机关追赃;一审判决适用法律错误,量刑明显不当,应当依法改判。2014年8月28日,广东省人民检察院决定支持抗诉,认为一审判决认定情节错误,导致量刑不当,应当依法纠正。

广东省高级人民法院于2014年10月20日作出终审裁定,认为《刑法》第180条第4款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”情形,马乐的行为属“情节严重”,应在该量刑幅度内判处刑罚,抗诉机关提出马乐的行为应认定为情节特别严重缺乏法律依据,驳回抗诉,维持原判。广东省人民检察院认为终审裁定错误理解法律规定,导致认定情节错误,适用缓刑不当,于2014年11月27日提请最高人民检察院抗诉。

2014年12月8日,最高人民检察院检察委员会讨论决定,按审判监督程序向最高人民法院提起抗诉,认为本案终审裁定以《刑法》第180条第4款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”为由,对此情形不作认定,降格评价被告人的犯罪行为,属于适用法律确有错误,导致量刑不当,并对类似案件及法律

适用有重大误导,应当依法纠正。

2015年7月8日,最高人民法院在第一巡回法庭公开开庭审理马乐案,最高人民检察院派员出庭履行职务;当庭发表的主要抗诉理由是:第一,《刑法》第180条第4款属于援引法定刑的情形,应当援引同条第1款的全部规定。第4款中的“情节严重”是入罪标准,在处罚上应当依照第1款的全部罚则处罚,即区分情形依照第1款的“情节严重”和“情节特别严重”两个量刑档次处罚。第二,利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的违法和责任程度相当,法定刑亦应相当。两罪的主要差别在于信息范围不同,其通过信息的未公开性和价格影响性获利的本质相同,均严重破坏金融管理秩序,损害公众投资者利益。刑法将两罪放在第180条中分两款予以规定,亦是对两罪违法和责任程度相当的确认。第三,马乐的行为应当认定为“情节特别严重”,对其适用缓刑明显不当。马乐利用未公开信息进行交易活动,累计成交额和非法获利额特别巨大,显然属于“情节特别严重”,应当在5年以上10年以下有期徒刑的幅度内量刑。马乐虽有自首情节,但适用缓刑无法体现罪刑相适应原则,无法实现惩罚犯罪和预防犯罪的目的,量刑明显不当。第四,正确理解和适用本案所涉法律规定,对明确同类案件的处理,对同类从业人员犯罪的处罚具有重要指导作用,对于加大打击“老鼠仓”等严重破坏金融管理秩序的行为,保障资本市场健康发展,维护社会主义市场经济秩序,均具有重要意义。

马乐案辩方的主要辩护理由是,原审裁判认为《刑法》第180条第4款对利用未公开信息交易罪没有规定“情节特别严重”这一理解是正确的。第一,利用未公开信息交易罪是情节犯,“情节严重”是入罪标准,同时也是量刑依据,该罪只有一个量刑标准即情节严重。情节严重和情节特别严重是并列关系,把“情节严重”理解为包含情节严重和情节特别严重两档,会造成刑法语义的混乱。该罪立案追诉标准只规定了情节严重,而没有规定情节特别

严重,相关司法解释也没有规定该罪有情节特别严重。第二,在对《刑法》第180条第4款是否包含了同条第1款的“情节特别严重”存在争议的情况下,应当采纳有利于被告人的解释。第三,利用未公开信息交易罪和内幕交易、泄露内幕信息罪在信息范围和危害程度等方面存在重大差异,内幕交易对股票市场价格必然造成直接重大影响,利用未公开信息交易对股票价格影响小,信息重要性低,可能不会造成危害,只有一个量刑档次符合罪刑相适应原则。第四,司法实践中,没有任何一个判决认定该罪有情节特别严重,如果支持抗诉,可能导致原先已经产生既判效力的判决都存在错误的后果,会动摇判决的稳定性。

由此可见,马乐案一审、二审和再审中,控辩审三方的争议焦点是,如何理解《刑法》第180条第4款援引同条第1款法定刑的问题。

(三)问题的提出

刑法分则“罪状+法定刑”的立法模式,决定了在性质相近、危害程度相当的犯罪的法条规范上,经常采用援引法定刑的立法技术。其中绝大多数表述是明确的,司法实践中一般不会产生歧义。但由于有的法条罪状表述特殊,容易产生如《刑法》第180条第4款援引法定刑是全部援引还是部分援引的争议。事实上,在马乐案之前,已经有多个判决认为该款只是对同条第1款的部分援引。^①

追根溯源,我们还得回到原点,看看刑法的规定。《刑法》第

^① 如苏竞利用未公开信息交易案。苏竞利用未公开信息先于或者同期其管理的基金买入或者卖出相同股票130只,累计交易金额7.33亿余元,获利3652万余元。上海市第一中级人民法院以利用未公开信息交易罪,判处被告人苏竞有期徒刑2年6个月,并处罚金3700万元;冻结在案的银行账户名为王某的账户内全部资金予以追缴,其余违法所得责令退赔。参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中刑初字第113号刑事判决书。

180 条第 1 款规定:证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员,在涉及证券的发行,证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前,买入或者卖出该证券,或者从事与该内幕信息有关的期货交易,或者泄露该信息,或者明示、暗示他人从事上述交易活动,情节严重的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处 5 年以上 10 年以下有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。同条第 4 款规定:证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,情节严重的,依照第 1 款的规定处罚。争议点在于,第 4 款规定“情节严重的,依照第 1 款的规定处罚”是全部依照第一款“情节严重”和“情节特别严重”两个量刑档次处罚,还是仅有“情节严重”一个量刑档次。即,是全部援引法定刑还是部分援引?这不仅是刑法解释上的理论问题,也是困扰司法界的重大实践争议问题。事实上,马乐案一、二审宣判后舆论反响强烈,普遍的认识是量刑畸轻。一、二审判决无法取得公众认同和检察机关的支持。造成这一局面的症结何在?这主要涉及刑法解释方法的运用。

任何一部刑法典都不可能将社会生活中的所有复杂问题“一网打尽”,刑事司法应当探究法律的意义和精神。早期的法律观念认为,司法人员仅是“宣告及说出法律的嘴巴而已”,是一种无意志的生物,其权力“在某种形式上等于零”。^①但是,人们很快发

① [德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2011 年版,第 60 页。

现,法律适用离不开法官的创造性解释活动。“法律人的技艺,就是论证。”^①而刑法解释属于法律人“技艺”的核心内容。刑法解释是对刑法条文含义的阐释,是从“纸面上的刑法”到“生活中的刑法”的重要一环,^②是连接刑法条文与刑事案件裁量的桥梁;“法官或学者往往将这整个适用法律的过程或法律推理过程概括为‘法律解释’”。^③归根结底,对《刑法》第180条第4款援引法定刑的理解争议,就是法律适用过程中的刑法解释问题。^④因此,综合运用多种刑法解释方法对援引法定刑的适用问题进行深入研究,保证刑法解释得出的结论既不违背罪刑法定原则的精神,又符合罪刑相适应原则的要求,从而使法律得到统一正确实施,就具有重要的理论和现实意义。

二、援引法定刑的文义解释

在马乐案中,对利用未公开信息交易罪援引法定刑的解释分歧,首先来自对法条文义的不同理解。“在一般情况下,语义解释当然是优先考虑的。”^⑤通过分析法条语言文字及其逻辑结构来准确把握法条的含义,是正确适用法律的前提。

① [德]英格博格·普珀著:《法学思维小课堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第1页。

② 蒋照辉:《刑法解释限度论》,载《法学研究》2005年第4期。

③ 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载《中国社会科学》1997年第4期。

④ 一般认为,法律解释有狭义和广义之分。狭义的法律解释是指特定主体根据法律的授权性规定而对法律所作的解释,是法律效力层面的解释,包括立法解释、司法解释和行政解释。广义的法律解释是指社会主体对法律的规定和含义所作的理解与说明,是法律思维层面的解释,包括法官、检察官、律师、学者以及一般公民对法律的理解和说明。本文采用广义的法律解释概念。

⑤ 陈兴良著:《判例刑法学》(上册),中国人民大学出版社2008年版,第65页。

(一)从文义上看,《刑法》第180条第4款“情节严重”的表述并不排斥全部援引法定刑

《刑法》第180条第4款和第1款都有“情节严重”的规定,形式上两者文字表述一模一样,但两者的实质含义是不一样的。众所周知,刑法中的“情节严重”在不同情形下有三种理解:第一种是定罪条件,第二种是刑罚条件,第三种是定罪+刑罚条件。从文义上分析,《刑法》第180条第1款的“情节严重”既是内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪构成要件,表示该罪是情节犯,又是适用第一档法定刑的前提(即内幕交易、泄露内幕信息情节严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役)。同条第4款利用未公开信息交易罪,则采用了援引法定刑的立法技术。前段关于犯罪构成的规定方式与第1款相同,在描述行为方式后,规定“情节严重”为犯罪构成要件,明确该罪的情节犯属性,将情节未达到严重程度的行为排除在处罚范围之外。因此,前段的“情节严重”之后并未规定明确的法定刑,“情节严重”主要起的是限定处罚范围的提示作用,是定罪条件。由此,并不能认为其对“情节特别严重”情形的量刑问题,也同时进行了规范。在第4款后段关于法定刑适用的规定中,“情节严重”不可能约束情节特别严重情形的量刑,因为该款规定采用援引的方式规定“依照第一款的规定处罚”。所以,第4款“情节严重”的文义具有限定处罚范围的作用,这主要是因为利用未公开信息交易的行为总共存在三种情形:一是情节不严重;二是情节严重;三是情节特别严重。对第一种情形,当然不得以犯罪论处;对第二、三种情形,应当分别选择内幕交易、泄露内幕信息罪的基本法定刑与升格法定刑。^①因此,第4款的“情节严重”作为入罪标准,其作用是避免将情节不严重的情形也入罪,而非对量刑档次的限缩。也就是说,其有“举重以明轻”的作用——刑法仅处

^① 张明楷:《论援引法定刑的适用》,载《人民法院报》2014年11月12日第6版。

罚重的行为,而不处罚未达到情节严重程度的轻行为。总之,《刑法》第180条第4款对同条第1款法定刑的援引为全部援引而非部分援引,即第4款同时存在“情节严重”“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。

更进一步从文义上分析,《刑法》第180条第4款的表述方式,有立法技术上的特殊考虑。援引法定刑的主旨是减少法条的重复表述,使法条更简洁,不至于太烦琐、拖沓。尤其是,第4款是《刑法修正案(七)》增设到《刑法》第180条的条款,采用目前这种表述方式更具有合理性。换言之,在刑法分则条文采用援引法定刑的立法技术时,仅就基本构成要件作出表述即可,没有必要同时表述基本构成要件与加重构成要件,否则无法达到精简法条表述的目的。但是,法条文字的减少并不意味着立法者的核心意思不清晰。在《刑法》第180条第4款中,简洁流畅的援引法定刑规定的题中之意,是对第1款全部处罚规定的援引。

(二)从语法结构分析,《刑法》第180条第4款是全部援引同条第1款的法定刑

尽管《刑法》第180条第4款条文内容很长,但在语法上还是非常典型的主谓宾结构,即“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,情节严重的”整体构成主语,意指利用未公开信息交易犯罪;“依照……处罚”构成谓语;“第一款的规定”构成宾语。^①从这个语法结构分析来看,第4款援引的应当是第1款的全部量

^① 谢杰:《利用未公开信息交易罪量刑情节的刑法解释与实践适用——“老鼠仓”抗诉案引发的资本市场犯罪司法解释反思》,载《政治与法律》2015年第7期。

刑规定,而非对于利用未公开信息交易罪情节特别严重的情形,也仅适用第1款“情节严重”的处罚规定。因为第4款明确规定“依照第一款的规定处罚”,而并未使用“依照第一款‘情节严重’的量刑规定处罚”的表述。

其实,刑法中的一些相关条文,也可以反证《刑法》第180条第4款为部分援引法定刑的观点是错误的。比如,《刑法》第300条第1款组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施犯罪,分为破坏法律实施一般情节、“情节特别严重”“情节较轻”三个量刑幅度。同条第2款组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人重伤、死亡罪则规定,组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人,致人重伤、死亡的,依照前款的规定处罚。如果按照部分援引法定刑的观点,“致人重伤、死亡”就是量刑条款,但因前款无“致人重伤、死亡”的表述,此时将面临无法适用前款任何一个量刑幅度的局面。因此,这一情节只能是定罪条件,即“组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人,致人重伤、死亡”是一个基本犯罪行为,援引前款法定刑也是全部援引。如此一来,才符合罪刑相适应原则,也不会出现无法适用前款进行量刑的困局。

三、援引法定刑的体系解释

体系解释是将个别的法律观念放到整个法律秩序中,考察规范的内在关联。体系解释包括四个方面:(1)无矛盾的要求;(2)不赘言的要求(明确规范的适用范围,避免使某些规范成为多余的规定);(3)完整性的要求(通过解释排除法律漏洞);(4)体系秩序的要求(法律规定的编排都是有意义的)。^① 体系解释之所以重要,是因为刑法为国民及司法人员的行为提供指示,对其必须

^① [德]英格博格·普珀著:《法学思维小课堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第56页以下。